

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, NORBERTO, "Comentario a la sentencia del 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)] de la Corte Suprema de Justicia Cibersexo, delito y teoría de las actividades cotidianas", *Nuevo Foro Penal*, 93, (2019)

Comentario a la sentencia del 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)] de la Corte Suprema de Justicia Cibersexo, delito y teoría de las actividades cotidianas.

Cybersex and crime. Comments on the sentence by the Supreme Court of Justice (SP4573-2019).

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ*

Despojándonos de los preconceptos jurídicos, que en algunas oportunidades modifican el sentido común y la lógica, preguntémonos si es factible realizar actos sexuales en el ciberespacio. La respuesta afirmativa no solo evoca escenas de la ficción dentro de un ambiente futurista, sino que puede adecuar algunas conversaciones a través de algún medio de videoconferencia que habilite la *sexualización del ciberespacio* (López y Pardo, 2002, p. 5).

Retornando al derecho y a la sentencia objeto de este comentario, la pregunta sería: ¿Puede cometerse el delito de acto sexual violento en el ciberespacio? Para dar respuesta a este interrogante, empezaremos por analizar el concepto de cibercrimen con miras a identificar si el cibersexo puede ser punible.

* Profesor asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política. Correo electrónico: norbertohernandezj@javeriana.edu.co. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Master en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá).

El cibercrimen se realiza en un nuevo ámbito o espacio con características muy distintas a las del espacio físico en el que se lleva a cabo la delincuencia tradicional (De La Cuesta y San Juan, 2010, p. 57; Miró, 2011, pp. 3-4; Miró 2012, pp. 30 y 44). Así, la disyuntiva espacio físico y ciberespacio será determinante para delimitar el contexto de su ocurrencia, sin que se puedan limitar los cibercrímenes a los descritos en el Título VII Bis del Código Penal (*De la protección de la información y de los datos*)¹ –para el caso colombiano–.

También se pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos como el patrimonio económico, la fe pública, la intimidación personal, la libertad, integridad y formación sexuales, el honor, los derechos morales y patrimoniales de autor, entre otros, siempre y cuando exista una relación modal concreta (Posada, 2017, p. 102). Con base en esto último podríamos anticipar nuevamente una respuesta afirmativa, frente al segundo interrogante propuesto (cargado de contenido jurídico).

Ahora bien, para explicar su ocurrencia y previo a abordar el estudio de la sentencia objeto de este comentario, se ofrecerán algunos casos hipotéticos (supuestos I. y II.), los cuales serán analizados desde la óptica de la criminología, con el objetivo de identificar que teoría resulta de mayor utilidad para explicar estos comportamientos. Esta identidad será replicada en el caso judicializado en la sentencia.

1. Supuesto I

X se contacta con menores de edad por medio de las redes sociales o de otras formas de comunicación como salas de Chat, canales de mensajería instantánea o similares, para acceder a ellos e intentar posteriormente un contacto sexual. Esta conducta se conoce como *grooming* (Miró, 2012, p. 97). El Código Penal Español (artículo 183 ter) castiga este comportamiento, lo que a su vez obedece a los lineamientos establecidos en el *Convenio de lazarote para la protección de los niños frente a la explotación y el abuso sexual*, sumándose a las medidas contra el abuso sexual, la prostitución infantil, la pornografía infantil, entre otras (Pereda y Tamarit, 2013, pp. 144-145). A su vez, si se lleva a cabo el encuentro sexual, el agresor puede incurrir en los delitos descritos en los artículos 183 (delitos relacionados con actos sexuales con menor de 16 años) y 189 (delitos relacionados con pornografía infantil), como lo expone el mismo artículo 183 ter. La legislación nacional no ha tipificado este comportamiento².

1 Para un estudio sobre estos delitos ver Posada (2017).

2 “El “online grooming”, hasta que el legislador considere lo contrario, no es un delito autónomo. Algún sector ha indicado que ciertos engaños pederastas podrían ajustarse a lo descrito por la norma del

¿Con que teoría criminológica se puede identificar esta clase de comportamiento? Siguiendo al Profesor Fernando Miró (2011), la teoría de las actividades cotidianas responde de manera satisfactoria al *grooming*, por la evolución tecnológica de la modernidad y la disminución de guardianes en este ámbito³, para la comisión de delitos (Miró, 2011, p. 17), siendo un espacio propicio para la interacción entre: (i) el agresor motivado, por ejemplo, pederastas - pedófilos y (ii) la víctima adecuada, como el caso de personas que suministran fotos con contenido íntimo o acceden al contacto posterior con el agresor.

Si bien, tras analizar las características del agresor podríamos pensar en teorías biológicas por tratarse, por ejemplo, de sujetos enfermos⁴, estas no permiten conjugar los factores implícitos al entorno en que se cometen esta clase de delitos (ciberespacio) de la manera como lo hace la teoría de las actividades cotidianas. Ahora bien, el hecho de que determinadas conductas incluyan a los padres y su falencia en calidad de grupos primarios (Newburn, 2007, pp. 229 y 241), lo que nos haría pensar automática y desprevenidamente en la teoría del control⁵, esto será determinante para analizar el comportamiento posterior de las víctimas, en esta clase de delitos, sin que ocurra lo mismo al examinar el comportamiento del agresor, que con base en el caso no permite pregonar su ocurrencia.

2. Supuesto II

X acostumbra realizar transacciones bancarias desde su ordenador personal. El día 13 de julio de 2019 cuando desayunaba al lado de su hijo, esté último derramó el cereal sobre su ordenador, dejándolo inservible. Ese mismo día, X debía realizar una transferencia de dinero (\$50.000.000) desde su cuenta bancaria en Bogotá, a

artículo 210-A de la Ley 599 de 2000, que fuera adicionado por el artículo 29 de la Ley 1257 de 2008". Fundamento jurídico 4.7., sentencia del 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)], Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

- 3 En este sentido también podría hablarse de elección racional del delincuente al disminuirse la oportunidad de que sea atrapado, modificándose la variable éxito de concreción del delito, a su favor. (Posner, Landes y Kelman, 2011, p. 213).
- 4 "Para Lombroso, los sujetos delincuentes se diferencian del resto de los ciudadanos, y por influencia de Darwin afirma que no han evolucionado al mismo ritmo que el resto de la humanidad y que, por tanto, exhiben rasgos de atavismo. Los delincuentes poseen características biológicas distintas, como la enfermedad mental, carecer de un sentimiento moral y el alcoholismo, que les determina a cometer delitos". (Larrauri, 2015, p. 52).
- 5 "La persona que carece de vínculos sociales afectivos, utilitarios o normativos con instituciones sociales, como la familia, la escuela, el trabajo o el orden social, es alguien que está más predispuesto a delinquir al comportar el delito un menor coste social" (Larrauri, 2015, p. 72).

un destinatario en la ciudad de New York. Por la urgencia y ante la imposibilidad de utilizar su ordenador, decidió ingresar a un café internet que queda al lado de su casa, a realizar esta operación, lo cual llevó a cabo de manera satisfactoria. El día 14 de julio de 2019, X recibió una llamada de su banco, solicitándole autorización por una transferencia de \$20.000.000 a una cuenta bancaria en España. A pesar de que logró oponerse a esta operación, le informaron que el día 13 de julio se llevaron a cabo varias compras on line - por montos menores -, utilizando los datos de su cuenta bancaria. Luego se logró comprobar que el ordenador que utilizó X al interior del café internet, tenía instalado un software que recuperaba los datos del usuario y las claves de internet. Este comportamiento podría adecuarse típicamente al hurto por medios informáticos, consagrado en el art. 269l de nuestro Código Penal, de conformidad con la reforma introducida por la Ley 1273 de 2009⁶.

¿Será igualmente útil la teoría de las actividades cotidianas respecto de este supuesto de hecho? La respuesta afirmativa obedece a que la teoría de las actividades cotidianas conjuga, insisto, la existencia de: (i) un agresor motivado/delincuente potencial, (ii) una víctima adecuada/objetivo atractivo y (iii) la ausencia de un protector. En el presente caso el agresor hacía parte del café internet donde X realizó la transacción, la víctima adecuada se expuso en aquel entorno y la ausencia de un protector obedeció al ámbito virtual en el que se realizó la operación bancaria, así como la imposibilidad de bloquear el *software* que tenía el ordenador. Con base en este caso ratificamos que la víctima tiene especial importancia (Miró, 2012, p. 191), ya que, si X no se hubiera expuesto a realizar operaciones bancarias en el café internet, no hubieran podido acceder a su patrimonio económico ni realizar el delito. En definitiva, puede existir un agresor motivado que realice un ataque, pero si la víctima no interacciona con el efecto por él diseminado, no se concreta el mismo (Miró, 2011, p. 24).

Una vez delimitados algunos conceptos atinentes al cibercrimen y su explicación a partir de la teoría de las actividades cotidianas, procedamos a analizar la posibilidad de que el cibersexo pueda ser considerado como delito, dentro del marco normativo penal colombiano.

6 *"En el informe de ponencia para primer debate [Gaceta 275 (22-05-2008)] se hace una crítica a la "hiperproducción" de leyes, abusando del Código Penal y se hace alusión a la incapacidad del sistema carcelario, para garantizar la rehabilitación del individuo y su reinserción a la sociedad, en virtud de aquella. A pesar de lo anterior, el proyecto fue aprobado [Diario Oficial No. 47.223 (05-01-09)]"* (Hernández, 2018, p. 275).

3. La sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Aunque el debate jurídico de la providencia datada 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)] se centra en las particularidades del delito consagrado en el artículo 219A del Código Penal, cuyo *nomen juris* es “*Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años*”, siendo una conducta constitutiva de explotación sexual (Título IV, Capítulo IV del Código Penal), cierto desasosiego ha propiciado el fundamento jurídico 2.3., en donde nuestro Tribunal de Casación señaló lo siguiente:

“Es posible efectuar actos sexuales diversos al acceso carnal en otro, mediante la violencia, sin la necesidad de tocarlo. Piénsese, por ejemplo, en el que apunta con un revólver a una persona y le pide desnudarse mientras él se masturba. Nadie dudaría de que el agente realizó un acto sexual sobre el sujeto pasivo, así nunca hayan llegado a tener contacto físico. O lo que pasó en este asunto: el contacto entre los sujetos era virtual, por vía de la función de cámara de una red social, y no obstante el agente obligó con amenazas a la víctima a grabarla en un video de índole pornográfica. El tipo que se configuró fue el del artículo 206 (no el artículo 182 ni el 244) del Código Penal.” *Resaltado fuera del texto.

Volvamos a las primeras líneas de este comentario para reiterar que pueden realizarse actos sexuales en el ciberespacio (cibersexo). La única novedad jurisprudencial radica en la relación modal que ofrece este ámbito espacial para la comisión del delito, ya que el hecho de configurar el delito de actos sexuales sin tocamientos, es una de las posibilidades reconocidas para su ejecución, tanto en el espacio físico como en el ciberespacio.

Así, de antaño Barrera Dominguez (1987, p. 110)⁷, relacionaba los siguientes actos de contenido sexual constitutivos del delito en mención:

- ✓ *Actos libidinosos distintos del acceso carnal, que el sujeto realiza sobre el cuerpo del agente, inducido por éste.*
- ✓ *Actos libidinosos distintos del acceso carnal, cumplidos por el agente sobre el cuerpo de la víctima.*
- ✓ *Actos libidinosos distintos del acceso carnal, que el sujeto pasivo cumple sobre el cuerpo de un tercero, para la delectación lujuriosa del victimario.*
- ✓ ***Actos libidinosos distintos del acceso carnal, que el sujeto pasivo cumple en su propio cuerpo, para la delectación lujuriosa del victimario.***

7 En el mismo sentido Escobar (2013, p. 269).

Empero, los actos sexuales diversos del acceso carnal que se pueden realizar sobre el sujeto pasivo, conforman una amplía escala (Arboleda y Ruiz, 2002, p. 563). Al respecto, en la sentencia proferida el 24 de octubre de 2007 por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, expediente N° 02-200288-0413-PE, Resolución 2007-01199 [citada en la sentencia del 5 de noviembre de 2008, Radicado 30305 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal-)] se expresó: *“El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto, como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligar a la víctima a tocarse impúdicamente o a desnudarse, levantarle la falda, etcétera)”*⁸.

En los términos del artículo 206 del Código Penal y la amplitud de la acción *“realizar en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal”*, es factible pregonar este supuesto cuando el sujeto pasivo realiza actos sobre su cuerpo, aun cuando el sujeto activo no realice directamente esos tocamientos. Ahora bien, si lo anterior ocurre en virtud de una violencia física o moral (artículo 212A del Código Penal) infringida por el sujeto activo, se configura el delito tras satisfacer el complemento descriptivo del tipo.

Esto se corresponde con los hechos del caso, donde el sujeto activo sostenía conversaciones a través de *Facebook* con el sujeto pasivo, quien tras conseguir que este último le enviara fotografías suyas en ropa interior, le pidió desnudarse y masturbarse [actos sexuales diversos al acceso carnal] frente a la cámara del chat [ciberspacio], amenazándolo con publicar las fotos que ya le había mandado [violencia]. En virtud de la amenaza, el sujeto pasivo accedió al requerimiento de explícito contenido libidinoso.

La novedad — se repite —, corresponde al entorno en el cual se cometió el delito, utilizando una cámara web a través de la cual el sujeto activo (agresor motivado) obtuvo la satisfacción lujuriosa al obligar al sujeto pasivo (víctima adecuada) a realizar tocamientos sobre su propio cuerpo, en contra de su voluntad. En este contexto, la ausencia del protector se incrementa por la facilidad de acceso a la tecnología y los diferentes recursos que nos ofrece la era digital.

Finalmente, resulta del todo censurable la acusación que hizo la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado, que adecuó el comportamiento anteriormente descrito como extorsión, omitiendo el complemento subjetivo del tipo (propósito de

8 *“Así, pues, todo contacto corpóreo entre el agente y la víctima, o entre esta y un tercero, y aún la actividad libidinosa de la propia víctima en su cuerpo, siempre que signifique para el agente una forma de satisfacción o de excitación erótica, tiene el alcance de actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal, que el sujeto activo cumple sobre el cuerpo del sujeto pasivo”* Barrera (1987, p. 107).

*Resaltado fuera del texto.

obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito) y el bien jurídico tutelado (patrimonio económico) de este último, dentro una conducta con claro contenido sexual. En virtud de esto, el Juzgado *a quo* varió la calificación jurídica por la de constreñimiento ilegal, lo que, si bien se aproxima un poco más a la correcta adecuación típica y pudo tener el objetivo de enmendar el yerro del ente acusador, omite, repito, el contenido sexual del comportamiento, con el agravante de permitir la prescripción de la acción penal, por cuanto la punibilidad de este último delito es más benigna que la del delito correcto: acto sexual violento.

Bibliografía

- ARBOLEDA, M. Y RUIZ, J. (2002). *Manual de derecho penal. Partes general y especial. Conforme con el Nuevo Código Penal*. Bogotá: Leyer.
- BARRERA, H. (1987). *Delitos sexuales*. Bogotá: Librería del Profesional.
- DE LA CUESTA, J. Y SAN JUAN, C. (2010). "La cibercriminalidad: interés y necesidad de estudio. Percepción de seguridad e inseguridad". En: De La Mata, N. y De La Cuesta, J. (DIRS.). *Derecho penal informático*. Madrid: Civitas
- ESCOBAR, E. (2013). *Los delitos sexuales*. Bogotá: Leyer.
- HERNÁNDEZ, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y EAFIT.
- LARRAURI, E. (2015). *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta.
- LÓPEZ, Á. J. G., & PARDO, B. C. (2002). "Enredados en lo virtual. Estrategias de Gobiernos e insurrecciones postbiológicas". En: *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, (5), 1.
- MIRÓ, F. (2012). *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons.
- MIRÓ, F. (2011). "La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen". En: *Revista electrónica de ciencias penales y criminología, RECPC* 13-07
- NEWBURN, T. (2007). *Criminology*. Oxford: Willan Publishing.
- PEREDA, N. y TAMARIT, J. (2013). *Victimología Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens Editorial.
- POSADA, R. (2017). *Los cibercrimenes: Un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del título VII del Código Penal colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y Universidad de los Andes.

POSNER, R., LANDES, W. y KELMAN, M. (2011). *Análisis Económico del Derecho*. Estudio preliminar de Morales, C., Bogotá.: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar.

Jurisprudencia

COLOMBIA, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de octubre de 2019, [SP4573-2019 (Radicación 47234)], M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA, Rama Judicial del Poder Público, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de noviembre de 2008, Radicado 30305, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.